والمقصود هنا ، الدافع الى تحقيق غرض غير مشروع ، يجاوز الحدود الاخلاقية ، او يمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد التشريع .

فعقد البيع مثلا من نتائجه المباشرة انتقال ملكية المبيع **للمشتري** ، وانتقال ملكية الثمن للبائع ، اما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون باعثاً لاحد المتعاقدين ، او لكليهما ، فنحو أن يبتغي المشتري اتخاذ المبيع لتحقيق غرض محرم ، كمن يشتري عنباً ليتخذه خمراً مثلا ، فاتخاذ عصير العنب خمراً باعث حمل المشتري على انشاء عقد البيع مع البائع ، وهو دافع - كما نرى - غير مشروع ؛ لانه يرمي الى تحقيق غرض يحرمه الشارع .

هذا ، والباعث - كما هو واضح - أمر نفسي ذاتي خفي وخارج عن نطاق التعاقد ؛ لانه ليس ركناً في التصرف داخلا في ماهيته ، ولا شرطاً يتوقف عليه وجوده ، واذا كان الباعث أمراً ذاتياً ، فهو متغير ، أي يختلف باختلاف الاشخاص.

إذن ، يمتاز الباعث بالخصائص الآتية : **بأنه ذاتي ، وخارج عن نطاق التعاقد ، وأنه متغير ، وهذه نتيجة لكونه أمراً نفسياً ذاتياً**[1] .

واذا تعددت البواعث فالعبرة عندئذ للباعث الرئيسي .

ففكرة الباعث إذن وسيلة لابطال التصرف الذي ظاهره الجواز ، ويقصد به الوصول الى أغراض وغايات محرمة ، وهو بهذا المعنى ينطبق على **الاحتيال** على قواعد الشرع الذي أشار اليه الامام الشاطبي في تعريفه للحيلة بقوله : « وحقيقتها تقديم **عمل ظاهر الجواز ؛ لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر**[2] » أي **من تحليل محرم او اسقاط واجب** ، وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع . وقد بيّن الإمام الشاطبي هذه المناقضة بقوله : **« فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة[3] »** .

---

(١) الوسيط ج ١ ص ٤٥٧ للدكتور السنهوري .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

(٣) المرجع السابق .

مكانة الباعث في الفقه الإسلامي

قدمنا أن الفقه الاسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية [1] والادبية المقام الاول في تشريعه ؛ لسبب بسيط ، **هو أنه فقه ديني الصبغة** ، وقد فصلنا القول في ذلك أثناء البحث في مثالية الفقه الاسلامي ، والدعامة الخلقية التي يقوم عليها ، وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك ، من مثل قوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وقوله تعالى : « إن الله يأمر بالعدل والإحسان » وقوله تعالى : « قل إنما حرم ربي الفواحش ماظهر منها وما بطن ، والإثم والبغي بغير الحق » وقوله تعالى في وصف ما جاء به الرسول عليه الصلاة والسلام من تشريع « يحلّ لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث ، ويضع عنهم إصرهم ، والأغلال التي كانت عليهم . »

كل ذلك يقتضي أن يعتد بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها ؛ فكان الفقه الاسلامي **ذا نزعة ذاتية** .

غير أنه الى جانب ذلك ينزع **نزعة مادية موضوعية** ، تعتد بالعبارة الظاهرة في التصرفات ، بمعنى أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه ، كل ذلك منوط بالكيان التعبيري للتصرف الذي تفصح عنه العبارة ، ومقتضى هذه النزعة ، ألا يعتد بما هو خارج عن نطاق التصرف من الامور النفسية الخفية كالبواعث ، وهو بهذه النزعة يقترب من الفقه الجرماني [2] ذي النزعة الموضوعية الذي لايبحث فيما

---

(١) راجع الدعامة الخلقية في الفقه الاسلامي وأثرها في تقييد الحق ، ص٨٨ وما بعدها.

(٢) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٥٣ للدكتور السنهوري – التصرف الارادي والارادة المنفردة ، ص ٩٠ وما بعدها – للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

يتعلق بنشأة الالتزام أو صحته خارج نطاق العبارة المنشئة له ؛ فلا يبحث عن غايات نهائية ، وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيري الفني الذي هو مظهرٌ للارادة ؛ بل هو الارادة .

وهذا النظر يضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات .

ويبين أستاذنا الدكتور السنهوري هاتين النزعتين في الفقه الاسلامي إذ يقول :

« على الرغم من أن الفقه الاسلامي – تجاه نظرية السبب – ذو نزعة موضوعية بارزة ، يعتد بالتعبير عن الارادة دون الارادة ذاتها ، أي يأخذ بمبدأ الارادة الظاهرة لا بمذهب الارادة الباطنة ، حتى كان أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرماني ، إلا أنه من جهة أخرى فقه تتغلب فيه **العوامل الادبية والخلقية والدينية** ، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها ؛ فكان ينبغي أن يكون لنظرية السبب – وهي خلقية في المقام الاول – مكان ملحوظ يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني [١] » .

وإذا كان الفقه الاسلامي – بحكم كونه ديني الصبغة – ينزع نزعة ذاتية ، تعتد بالبواعث والنوايا ، غير أنه لم يضع في أي مذهب من مذاهبه نظرية عامة للباعث ؛ ولكنه يورد التطبيقات التفصيلية ، ويمكن عن طريق تحليل هذه التطبيقات الفرعية وتأصيلها ، استخلاص نظريات عامة ، كنظرية الباعث مثلا .

---

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٥٣ للدكتور السنهوري .

أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهية

لاخلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه التعبير في صلب العقد يبطله ؛ لاقترانه بشرط محظور محرم [1] .

أما إذا لم يتضمنه التعبير ، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ضمناً ، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء .

فالحنابلة : يعتدون بالباعث ، ولو لم يتضمنه التعبير عن الارادة ، فاذا تبين أنه غير مشروع – ولو عن طريق القرائن – ابطل الالتزام ، ولم يترتب عليه أثر ؛ وبذلك يأخذ الحنابلة بالنزعة الذاتية .

أما الحنفية والشافعية : فقد ذهبوا الى أنه لا اعتداد بالباعث غير المشروع مادام لم يتضمنه التعبير ، والتصرف صحيح ؛ بالنظر لسلامة كيانه الفني التعبيري ظاهراً ، من حيث هو تصرف مستكمل لاركانه وشروطه الشرعية .

فوجود التصرف الشرعي ، ووجوب تنفيذه ، منوطان شرعاً بصدور العبارة الصحيحة في صورتها الدالة عليه من أهلها ، ويقولون : إن نصوص الكتاب والسنة ؛ بل وعامة أحكام الشريعة تدل على ذلك .

هذا ، وقد قدمنا أن الحنفية يعتدون بالباعث اذا دل عليه طبيعة المحل ضمناً كما سيأتي .

فهذا الفريق لم يفسح المجال أمام القضاء لتحري البواعث النفسية ، يحكم على ضوئها بصحة التصرف أو بطلانه ؛ بل يكتفى بالعبارة الظاهرة أو الارادة الظاهرة .

---

(١) التصرف الانفرادي والارادة المنفردة ص ٩٣ للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

ونفصل القول في الباعث من وجهة نظر المذاهب الفقهية :

١ ـ مذهب الحنفية :

قلنا ان مذهب الحنفية لايعتد بالباعث الا اذا تضمنته صيغة العقد صراحة، او امكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، فمن الأول ما جـاء في الزيلعي : « ولا يجوز (الاستئجار) على الغناء والنوح والملاهي ؛ لأن المعصية لايتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الاجر شيئا؛ اذ المبادلة لاتكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ، ولو استحق عليه المعصية،لكان ذلك مضافا الى الشارع،من حيث أنه شرع عقداً موجباً للمعصية، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً ...»[١] .

وفي الفتاوى الخانية : « رجل استأجر فحلا لينزى به ، لايجوز ذلك ،ولا أجر فيه ، وكذا النائحة والمغنية..وان استأجر المسلم ذمياً؛ لبيع الخمر أو الميتة أو الدم ، لم يجزْ ، لورود النهي عن ذلك »[٢] .

وفي البدائع : « لاتجوز اجارة الاماء للزنا ؛ لانها إجارة على المعصية »[٣].

وجاء في مختصر الطحاوي « ومن كان له عصير فلا بأس عليه في بيعه،**وليس عليه أن يقصد بذلك الى من يأمنه ان يتخذه خمراً دون من يخاف ذلك عليه**؛ لان العصير حلال ، فبيعه حلال ، كبيع ماسواه من الاشياء الحلال ، مما ليس على **بائعها الكشف** عما سيفعله **المشتري فيها** ، وانما جاز هذا العقد اذا لم يذكر فيه **صراحة ولا ضمناً** ، ان يتخذه المشتري خمرا ، فالبيع في هذه الحال صحيح، ولو اتخذه المشتري بعد ذلك خمرا »[٤] .

---

(١) الزيلعي جـ ٥ ص ١٢٥ .

(٢) الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) البدائع جـ ٤ ص ١٩٠ .

(٤) ص ٢٨٠ .

وهكذا نرى المذهب الحنفي **لايعتد الا بمشروعية محل العقد** ، مادام لم يرد في صيغته ، او لم يمكن ان يستخلص من محل العقد مايسفر عن الباعث صراحة أو ضمنا .

هذا ، وعلماء الحنفية مجمعون على أنه لا يجوز التعاون على الاثم والمعصية ؛ ولكن الخلاف بين الامام وصاحبيه فيما تقوم به المعصية ، فالامام يرى أن الباعث مادام لايوجد مايسفر عنه صراحة لايعتد به ، فلينظر الى محل العقد ؛ فاذا قامت المعصية بذاته ؛ فلا يجوز العقد عندئذ ، اما اذا لم تقم المعصية بعينه ، فيجوز .

أما الصاحبان فقد جاوزا المحل ، ونظرا الى الباعث غير المشروع ، وقالا **بالكراهة** ، كما في التحايل على اسقاط الشفعة ، وكما في بيع العينة .

جاء في الاختيار [1] : « **وتكره الحيلة** في اسقاط الشفعة قبل وجوبها عند أبي يوسف ؛ لانه منع من وجوب الحق ، ويكره عند محمد ؛ لانها شرعت لدفع الضرر ، والحيلة في اسقاط الزكاة على هذا » .

فتعليل الإمام محمد صريح **بأن الكراهية للتعسف** ؛ لان في اسقاط الشفعة منافاة لقصد الشارع ؛ فاذا شرعت الشفعة لدفع الضرر ، فاسقاطها عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يفضي الى الاضرار ، وهو مناقضة لقصد الشارع ، وكذلك اسقاط الزكاة .

وبوجه عام ، فان المذهب الحنفي لا يقيم كبير وزن للباعث غير المشروع بعد ان يكون محل العقد مشروعا ، لا تقوم معصية بذاته ، فمن ذلك ما جاء في الزيلعي :

« وجاز بيع العصير من خمار ؛ لان المعصية لا تقوم بعينه ؛ بل بعد تغيره ، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة ، لأن المعصية تقوم بعينه ، فيكون إعانة لهم وتسببا ، **وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية** ؛ ولأن

---

(١) الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ٦٨ .

العصير يصلح لاشياء كلها جائز شرعا ، فيكون الفساد الى اختياره » .

فالنص صريح في أن العبرة **بمحل العقد** ، ولا ينظر الى الباعث غير المشروع ، ولو قامت القرائن على وجوده ، فكون المشتري خماراً قرينة قوية في الدلالة على الباعث غير المشروع ، وهو اتخاذه خمراً ، ومع ذلك ، لم يتلفت اليه . لا يقال ان السلاح في ذاته ليس بمعصية فلم يأخذ حكم العصير ، قلنا لأنه امكن استخلاص الباعث من طبيعته ؛ ولانه تعين طريقاً للمعصية في هذه الحال .

ويعتد بالباعث غير المشروع في المذهب الحنفي اذا نص عليه صراحة على سبيل **الشرط** ، فيبطل العقد ، من ذلك ما جاء في ابن عابدين : « لا تصح الاجارة لاجل المعاصي ، مثل الغناء والنوح والملاهي ، **ولو أخذ بلا شرط يباح**»[1] .

ويورد الامام الكاساني تطبيقات فيها يمكن استخلاص الباعث غير المشروع من طبيعة محل العقد ، وحكمها عدم الجواز ، منها ما جاء في البدائع : «وأما القرد ـ أي شراء القرد ـ فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان في جوازه وعدم جوازه ، وجه رواية عدم جوازه ، أنه غير منتفع به شرعاً ؛ فلا يكون مالاً كالخنزير ، ووجه رواية الجواز ، أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته يمكن الانتفاع بجلده ؛ فكان بالنظر الى جلده مالاً ، وجاز لذلك شراؤه ، والصحيح عدم الجواز ؛ لأنه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة ؛ بل للهو به ، وهو حرام ؛ فكان هذا بيع الحرام للحرام ، وأنه لا يجوز » .

٢ – مذهب الامام الشافعي :

يأخذ الامام الشافعي – رحمه الله – **بالنزعة الموضوعية** ، فيذهب الى أن العقود والالتزامات لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية ، «فالسبب هو الايجاب

---

(١) رد المحتار ، جـ ٥ ص ٣٥ – ٣٦ .

والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ؛ فلم يبق الا القصد المقرون بالعقد – أي الباعث – ولا تأثير له في بطلان الاسباب الظاهرة[1] ؛ **لان الباعث لايؤثر في اقتضاء السبب حكمه** » .

يقول في كتابه الأم :

« أصل ما أذهب اليه ، أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ، ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية اذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما **أكره** للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ، **ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ، ممن يراه أنه** يقتل به ظلماً ؛ **لأنه قد لايقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع** ، وكما **أكره** للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ، ولا أفسد عليه البيع اذا باعه إياه ؛ **لأنه باعه حلالاً ، وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً** ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً . ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي الا يمسكها إلا يوماً أو أقل او أكثر **لم أفسد النكاح ؛ وانما أفسده أبداً بالعقد الفاسد** »[2] .

وهكذا يفسر الامام الشافعي الشريعة **تفسيراً مادياً على الظاهر** لا على ما بطن[3] .

ويقول في موضع آخر : « غير أنها اذا عقدا النكاح مطلقاً لا شرط فيه ؛ فالنكاح ثابت ولا تُفسد النية من النكاح شيئاً ؛ لأن النية حديث نفس ، وقد وُضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم ، وقد ينوي الشيء ولا يفعله ، وينويه ويفعله ، فيكون الفعل حادثاً غير النية ، كذلك لو نكحها ونيته ونيتها ، أو نية احدهما دون الآخر ، أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها ، فيحللها لزوجها ،

---

(١) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٧٢ – ١٧٣ .

(٢) الام للشافعي جـ ٣ ص ٦٥ .

(٣) الشافعي للاستاذ الشيخ ابي زهرة ص ٣١٧ – ٣١٨ .

ثبت النكاح ... ما لم يقع النكاح بشرط يُفسده»[1] .

وهذه النصوص تدل صراحة على تشدد الامام الشافعي في تمسكه بالظاهر « فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعها التي لا تذكر وقت العقد ، وإن كانت بيّنة من أحوالها»[2] « فلا يعتد إلا بصيغة العقد وما تضمنته عبارته ، ولا يلتفت الى القرائن وملابسات الأحوال ، ولو كانت تدل دلالة قويةعلى أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم ؛ بل يحكم بصحة العقد، وفي هذا يقول الامام الشافعي : « يبطل حكم الازكان من الذرائع في البيوع وغيرها ، ويحكم بصحة العقد [3] » .

٣ـ مذهب الامام احمد :

يأخذ الامام احمد بالنزعة الذاتية ، فيعتد بالباعث غير المشروع ، ولو لم تتضمنه صيغة العقد ؛ فاذا تبين ذلك أبطل به العقد ، مادام قد اتخذ العقد وسيلة الى أمر غير مشروع ؛ لأن في تنفيذه اعانة على المعصية والعدوان ، وذلك منهي عنه بالنص .

ولا يشترط – لإبطال التصرف في العقود ، اذا تبين أن الباعث عليه غير مشروع – سوى علم الطرف الآخر بهذا الباعث **ضماناً لاستقرار التعامل** .

ويقول ابن القيم : « القصد روح العقد ومصححه ومبطله ؛ فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الالفاظ ؛ فانّ الالفاظ مقصودةٌ لغيرها ، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فاذا أُلغيت ، واعتبرت الالفاظ التي لا تراد لنفسها، **كان هذا الغاءً لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما يجب الغاؤه** »[4] .

---

(١) الام جـ٥ ص ٧١ .

(٢) الشافعي ص ٣١٧ وما بعدها للاستاذ الشيخ ابي زهرة .

(٣) الام جـ ٣ ص ٤٢ – و ٧ ص ٢٦٨ و جـ ٦ ص ١٩٩ .

(٤) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٨٢ .

ويقول في موضع آخر مؤكداً إعمال البواعث في التصرفات ، وأن ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها .

« وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ؛ أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً »[1] .

صلة فكرة الباعث بنظرية التعسف في المعاوضات

رأينا أن فكرة الباعث قد أخذ بأصلها جميع الفقهاء ، وانحصر اختلافهم فيما يتحقق به التذرع الى الغرض المحرم ، أي في **المناط الذي يتحقق به التحايل** على قواعد الشرع ، ونشأ عن ذلك نزعتان إحداهما مادية موضوعية ، لا تعتد بالباعث الا اذا ورد في صيغة العقد ، ودلت عليه العبارة الظاهرة ، او أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، والأخرى ذاتية تعتد به ، ولو لم تتضمنه صيغة العقد ، اكتفاءً بالقرائن الدالة عليه .

ومن أجل هـذا ، كانت فكرة الباعث عند **الذاتيين** خصبة مثمرة ، تقيد الارادة في كل تصرف ؛ لتحافظ على مقصود الشرع ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ليست الا تطبيقاً لفكرة الباعث في بعض معاييرها[2] .

مرونة الباعث وضابطه :

على أن الباعث بما هو عامل نفسي ذاتي ـ يختلف باختلاف الاشخاص ،

(١) المرجع السابق ص ٨٤ .

(٢) ومن جوانب نظرية التعسف التي لا تحكمها فكرة الباعث الاضرار الفاحشة التي تلحق بالجـار ، والتي تلزم عن استعمال حق الملكية بقطع النظر عن قصد احداثها .

وبما هو أمر خارج عن نطاق التعاقد ، لا بد من ضابط له ، حتى لا يكون سبباً في تزعزع المعاملات وعدم استقرارها .

ولذا رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه ، فمنهم من اشترط أن يكون منصوصاً عليه في صلب العقد ، وهم الشافعية والحنفية كما رأينا . ومنهم من لم يشترط ذلك ؛ بل اكتفى بعلم المتعاقد الآخر به ، او بوجود **قرائن** يفترض معها هذا العلم . وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية ، ومنهم **من** اكتفى بمظنة الباعث البعيدة ؛ فلم يشترط وجود الباعث غير المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد ، **اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن ، عملا بالاحتياط الذي يوجب اعتبار هذه الكثرة في مرتبة الامور الظنية الغالبة**[1] كما قدمنا.

اشتراط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع في المعاوضات :

غير أن إعمال الباعث غير المشروع على هذا النحو في المذهب الحنبلي يُفضي الى زعزعة التعامل ؛ فكل متعاقد بوسعه أن يدعي الباعث غير المشروع ؛ لابطال التصرف ؛ لذا ؛ وضماناً لاستقرار التعامل ، اشترط **علم الطرف الآخر** بالباعث غير المشروع ، او ان يكون بحيث **يفترض فيه** هذا العلم .

وجاء في **كشاف القناع** :

« ولا - اي لا يصح — بيع سلاح ونحوه في فتنة ، أو لأهل الحرب ، أو لقطاع طريق ، **اذا علم** البائع ذلك من مشتريه ، **ولو بقرائن** ؛ لقوله تعالى: «ولا **تعاونوا** على الاثم والعدوان » ويصح بيع السلاح لاهل العدل ، لقتال البغاة ،

---

(١) وهذا هو رأي الامام مالك ؛ توسعاً منه في اعمال الباعث غير المشروع ، باعتبار وجود مظنته البعيدة — الموافقات جـ ٢ ص ٣٦١ وما بعدها .

وقتال قطاع الطريق ؛ لان ذلك معونة على البر والتقوى[١] ».

وجاء فيه أيضا « ولا يصح بيع ماقصد به الحرام ، كعنب وعصير لمتخذها خمراً ، وكذا زبيب ونحوه[٢] ».

وفي المغني لابن قدامه :

« وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل » .

« وجملة ذلك ان بيع العصير لمن يعتقد انه يتخذه خمراً حرام. ولنا قول الله تعالى : « ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وهذا نهي يقتضي التحريم » .

« وروي عن النبي ﷺ : انه لعن في الخمر عشرة ؛ ولانه يعقد عليها لمن يعلم انه يريدها للمعصية ، فأشبه اجارة امته لمن يعلم انه يزني بها ، والآية[٣] مخصوصة بصور كثيرة ، فيخص منها محل النزاع بدليلنـــا . وقولهم تمّ البيع بشروطه واركانه ، قلنا لكن وجد المانع منه » .

« اذا ثبت هذا ، فانما يحرم البيع ويبطل اذا علم البائع قصد المشتري ذلك ، إما بقوله ، وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك»[٤] .

فأما إن كان الأمر محتملاً ، مثل ان يشتريها من لا يعلم حاله ، او من يعمل الخل والخمر معاً ، ولم يلفظ بما يدل على ارادة الخمر ، فالبيع جائز ، وإذا ثبت

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٦ .

– انظر كيف يجعل فقهاء الحنابلة من قولة تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » قاعدة عامة تتقيد بها الحقوق سلباً وايجاباً ، كما يجعلونها قيداً يرد على العمومات ؛ تحرياً لمقصد الشارع ، ويحتكمون اليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء المذاهب الاخرى .

(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٦ .

(٣) اي قوله تعالى « واحل الله البيع وحرم الربا » وهي الآية التي تمسك بها أصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقد اذا لم يرد في صيغة العقد مايدل عليه .

(٤) المغنى جـ ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة – راجع اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٣٨ – ص ١٣٩ لابن قيم الجوزية .

التخمير فالبيع باطل . وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لاهل الحرب ، او لقطاع الطريق ، أو في الفتنة ، وبيع الامة للغناء،او اجارتها كذلك ، أو اجارة داره لبيع الخمر فيها ؛ أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك ، **فهذا حرام والعقد باطل** لما قدمنا » .

« وقد نص الإمام أحمد على مسائل نبّه بها على ذلك؛ فقال في القصاب والخباز: «**اذا علم** أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخترط الاقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء : وروي عنه « لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار » .

« وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلاً[1] » .

٤ ـ المذهب المالكي :

جاء في الموافقات للامام الشاطبي « ان الاعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة في التصرفات من **العبادات والعادات**[2] » وأورد الادلة من الكتاب والسنة والمعقول على هذا الأصل .

وقدمنا ، أن الامام مالك يُعمل الباعث غير المشروع في التصرف ، فيبطله اذا تبين، او قامت مظنته ؛ بل ذهب الى اعتبار مايؤدي اليه التصرف من المحظور في الكثرة من الاحوال ، ولو لم يصل اداؤه للمفسدة في الغالب من الظن ، فضلاً عن القطع ــ مظنة للباعث غير المشروع ؛ عملاً بالاحتياط والتحرز عن الفساد ؛ لان الشريعة قامت على الأخذ بالحزم والاحتياط[3] .

جاء في التبصرة لابن فرحون في مسائل البيوع :

---

(١) المغني جـ ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة ـ كشاف القناع ص ١٤٦ جـ ٣ .

(٢) جـ ٢ ص ٣٢٤ .

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٣ للشاطبي ، وراجع كتاب مالك ص ٤١٢ للاستاذ الشيخ ابي زهرة .

« ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب ، يعني من الحربيين ، ويلحق بذلك بيع الخشب لمن يعمل منها صليباً ، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة ، والعنب لمن يعصره خمراً »[1] .

ويقول في مؤيد هذا المنع : « ويؤدب من يبيع آلات اللهو ، ويفسخ البيع ، ويكسر ، ويؤدب أهل ذلك »[2] .

غير أن الباعث غير المشروع اذا اقتضى المنع في مذهب المالكية ؛ لكن يبدو أن العقد ينعقد ثم يفسخ ؛ درء للمفسدة ، كما جاء في النص السابق عن التبصرة .

هذا ، وجاء في الحطاب : « بيع العنب لمن يعصره خمراً ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز »[3] .

فهذا النص يقضي ببطلان الالتزام ، بينما النص السابق لا يجيز استدامة آثاره ؛ لما يترتب عليه من مفاسد وآثام .

وجاء في المدونة : « وكذا بيع الخشبة لمن يستعملها صليباً ، وبيع العنب لمن يعصره خمراً على أحد قولين . كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم انه يريد به قطع الطريق على المسلمين ، أو إثارة الفتنة بينهم ، كما لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتسامحون في الفساد ، وعدم الغيرة ، وهم آكلون للحرام ، ويطعمونها منه »[4] .

وفي الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه :

« ويمنع بيع كل شيء علم ان المشتري قصد به امراً لا يجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد ، وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة ، وبيع خشبة لمن يصنعها

---

(١) التبصرة جـ ٢ ص ١٤٧ لابن فرحون .

(٢) المرجع السابق .

(٣) شرح الحطاب جـ ٣ ص ٢٦٣ – ص ٢٦٤ .

(٤) جـ ٤ ص ٢٥٣ و ٢٥٤ .

صليباً ، وبيع العنب لمن يعصره خمراً ، والنحاس لمن يتخذه ناقوساً، وكذا يمنع ان تباع آلة الحرب للحربيين ، كسلاح أو كراع وسرج وكل ما يتقوون به في الحرب ، من نحاس أو خباء أو ماعون ، ويجبرون على اخراج ذلك من ملكهم، ولا يفسخ البيع » .

وقال ابن رشد: « والخلاف في هذا مقيد بما اذا علم البائع ان المشتري يفعل ذلك ، أما اذا لم يعلم ، ثم ظهر أنه يفعل ذلك، فان البيع لا يفسخ بلا خلاف ، ولكن يجبر المشتري على اخراجه من ملكه ببيع ونحوه » .

يستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بإعمال الباعث غير المشروع في المعاوضات عند المالكية وجهتان من النظر :

الأولى – ان العقد لا ينعقد بتأثير الباعث غير المشروع الا اذا علم من الطرف الآخر كما جاء في الخطاب .

الثانية – ان العقد ينعقد ولكنه واجب الفسخ ، اذا لم يعلم البائع بقصد المشتري ؛ بل يجبر هذا على اخراجه من ملكه ، فآراء الفقهاء في هذا المذهب تتردد بين الاخذ بالنزعة الموضوعية والذاتية ؛ ولكنا نرجح ان المذهب المالكي أميل الى الاخذ بالنظرية الذاتية لما يلي :

اولاً : ان المحققين من أصوليي المذهب المالكي ،قد حملوا لواء النزعة الذاتية، وأفاضوا القول فيها ،وأقاموا الادلة على أصالة هذا المبدأ في الشريعة ، وهو الذي يتفق ومقاصدها الاساسية ، ولم يقصروا أثر القصود على العبادات ،بل برهنوا على شمول هذا الأثر للعادات والمعاملات،وأوجبوا – ليكون التصرف سليما نافذاً – ان يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع،ويقصدون بالقصد هنا مايشمل الباعث ، يرشدنا الى هذا ،اقامتهم الادلة على ابطال نكاح التحليل، الى جانب إقامتهم الحجج على ابطال بيوع الآجال التي يقصد بها تحقيق الربا ، كما في بيع العينة ، وبينوا مناقضة قصد الشارع في التحايل على اسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول ؛ وعلى هذا ، فقد شمل إعمال الباعث غير المشروع نكاح